Das Prinzip der Proportionalität beim Notstande und bei der Notwehr.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

DER

JURISTISCHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT ZU BRESLAU

VORGELEGT

VON

Sigismund v. Czarnecki

aus Dobrzyca.

Berlin 1909.

Universitäts-Buchdruckerei von Gustav Schade (Otto Francke)

Linienstraße 158.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. **Gretener.**
Korreferent: Professor Dr. **Fischer.**

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung 4

Teil I.

Das Prinzip der Proportionalität beim Notstande.

§ 1. Der Begriff des Notstandes überhaupt 5
§ 2. Der rechtliche Charakter der Notstandshandlung 7
§ 3. Das Prinzip der Proportionalität im allgemeinen 11
§ 4. Das Prinzip der Proportionalität in unserer Gesetzgebung 14
§ 5. Das Prinzip der Proportionalität in der Gesetzgebung außerdeutscher Staaten 18
§ 6. Postulate de lege ferenda 24

Teil II.

Das Prinzip der Proportionalität bei der Notwehr.

§ 7. Das Wesen der Notwehr und das Proportionalitätsprinzip 26
§ 8. Stellung der Gesetzgebung und Wissenschaft zu dem Problem 27
§ 9. Ergebnisse und Folgerungen 33

Einleitung.

Der Zeitpunkt, wo man an eine gründliche Revision unseres geltenden Strafrechts wird herantreten können, ist zwar noch nicht vorauszusehen, nichtsdestoweniger stehen schon jetzt viele Reformfragen im Brennpunkte unseres Interesses, und Vorschläge mannigfacher Natur werden geltend gemacht. Eine am meisten behandelte Materie ist ohne Zweifel die Lehre vom Notstande und von der Notwehr. Dies ist auch ganz natürlich, da dieselbe so reich ist an interessanten Problemen. Die folgende Abhandlung soll ein aktuelles Problem dieser Lehre, das Prinzip der Proportionalität, zum Gegenstande haben. Die Einführung dieses Prinzips in die strafrechtlichen Notstands- und Notwehrbestimmungen, einerlei unter welcher Form, dürfte von wichtigen praktischen Folgen begleitet sein.

Teil I.

Das Prinzip der Proportionalität beim Notstande.

§ 1.

Der Begriff des Notstandes überhaupt.

Der Begriff des Notstandes, wie ihn die moderne Wissenschaft formuliert, hat wie so viele andere juristische Begriffe einen langen Entwickelungsprozeß durchgemacht. Jahrhundertelang beschäftigen sich bereits Rechtswissenschaft und Philosophie mit den zahlreichen Problemen, die sich aus einer im Notstande verübten unerlaubten Handlung ergeben, nichtsdestoweniger aber stehen wir jetzt vor einer in sich abgeschlossenen Lehre. Eine ganze Reihe von entgegengesetzten Behauptungen wird über die verschiedenen Probleme des Notstandes aufrechterhalten, mannigfache Kontroversen harren noch der Lösung. Die Meinungsverschiedenheit in diesen zahlreichen Fragen hängt teilweise von der Stellung ab, die man zu dem Rechtsgrunde des Notstandes einnimmt. Bevor man daher ein spezielles Problem einer genauen Untersuchung unterwirft, erscheint es zunächst geboten, auf das Wesen des Notstandes selbst einzugehen.

Ein charakteristisches Merkmal des Notstandes, welches schon in dem Namen desselben enthalten ist, ist ohne Zweifel das Vorliegen einer Not. Dieser Not, dieser für das Rechtsgut drohenden Gefahr kann nur dadurch begegnet werden, daß man ein anderes Rechtsgut verletzt. Ein zweites Moment tritt also zur Charakterisieruug des Notstandes noch hinzu, nämlich die Not muß dermaßen drohend bevorstehen, daß ein Entrinnen aus ihr nur durch Verletzung eines anderen Rechtsgutes möglich sei. Zwei Interessensphären, die für sich ihr volles Recht beanspruchen, treten in eine derartige Kollision, daß die eine nur durch Eingriff in die Rechtssphäre der anderen ihr Recht durchsetzen kann. Hierin liegt auch der Unterschied des Notstandes von der Notwehr, da bei der letzteren sich Recht und Unrecht gegenüberstehen, die eine von den zwei sich kreuzenden Interessensphären sich also auf ihr Recht nicht berufen kann.

Wenn bisher in unserer Charakterisierung des Notstandes nur von einer Kollision von zwei Rechtsgütern die Rede war, so geschah dies, um einer Verwirrung in dieser immerhin schwierigen Materie zu entgehen. Der Begriff des Notstandes ist nämlich hiermit nicht erschöpft. Einen großen Fortschritt bedeutete die zuerst von Luden[1]) verteidigte Ausdehnung des Notstandsbegriffes. Er substituiert einem Rechtsgute eine Rechtspflicht, indem er die Frage aufwirft, ob nicht vielleicht das Leben sich auch durch Verletzung einer Rechtspflicht erhalten könne. Hiermit sind aber auch folgerichtig neue Kollisionsfälle in den Notstandsbegriff eingezogen worden. Indem man den von Luden angeregten Gedanken auf alle anderen Rechtsgüter anwandte, fügte man dem Begriff des Notstandes den Kollisionsfall zwischen der Erhaltung eines Rechtsgutes und der Verletzung einer Rechtspflicht bei. Wenn nun unter gewissen Umständen zwecks Errettung eines Rechtsgutes eine Pflicht verletzt werden kann, so muß wohl auch der umgekehrte Fall möglich sein. Die Erfüllung einer Pflicht kann die Verletzung fremder Rechtsgüter erheischen. Ein Schritt weiter ist es nur, auch den Kollisionsfall zwischen zwei verschiedenen Pflichten in den Notstand einzureihen. Diese Pflichten können sowohl solche ad faciendum als auch solche ad omittendum sein. Der Notstand umfaßt mithin 1. Kollision von Rechtsgütern, 2. Kollision von Rechtsgütern und Rechtspflichten, 3. Pflichtenkollision.

Ein Unterschied besteht zwischen der Pflichtenkollision und der Kollision zwischen der Erfüllung einer Rechtspflicht und der Verletzung fremder Rechtsgüter einerseits und den übrigen Kollisionsfällen andererseits insofern, als bei den Kollisionsfällen der ersten Gruppe eine Lösung des Konfliktes nur dadurch möglich ist, daß man eine Pflicht nicht erfüllt oder ein fremdes Rechtsgut verletzt und so auf jeden Fall sich einer sonst verbotenen Handlung schuldig macht. In den anderen Fällen dagegen ist die Lösung des Konfliktes durch Opferung seines eigenen Gutes möglich, was ja jederzeit gestattet ist. Trotz dieses Unterschiedes, der nicht übersehen werden darf, muß der Konflikt zwischen der Erfüllung einer Pflicht und der Erhaltung eines fremden Rechtsgutes und der zwischen der Erfüllung zweier Pflichten als ein Fall des Notstandes betrachtet werden. In diesen Fällen, wie ja auch in jeder anderen Notstandslage, ist maßgebend für die Straflosigkeit oder Rechtmäßigkeit der vorgenommenen sonst verbotenen Handlung das Interesse der Rechtsordnung an der Erhaltung des einen Rechtsgutes gegenüber ihrem Interesse an der Nichtverletzung der Norm. Auch bei dem Kollisions-

[1]) Luden, Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrecht, S. 500ff. — Ders., Handbuch des Strafrechts I, S. 304.

fall zweier Pflichten ist dasselbe Interesse maßgebend, da in der Verletzung der einen Pflicht und in der Erfüllung der anderen zugleich eine Verletzung eines fremden Rechtsgutes liegt.

Die meisten Definitionen[1]) des Notstandes berücksichtigen die beiden vorerwähnten Kollisionsfälle nicht; sie sind daher zu eng. Die von Binding[2]) und von ihm von Stammler[3]) übernommene Definition wird allen Anforderungen gerecht. Danach kann der Notstand bezeichnet werden als die Lage eines Menschen, worin nur durch eine verbotene Handlung ein gefährdetes Rechtsgut gerettet oder die Erfüllung einer Rechtspflicht ermöglicht werden kann.

Die Definition enthält keinerlei Bestimmungen über die Lösung des Konfliktes, da die Frage, ob und wann der Notstand straflos bleibt oder rechtmäßig ist, immer eine Frage des positiven Rechts ist. Sie wird auch von der Gesetzgebung auf sehr verschiedene Weise beantwortet.

§ 2.

Der rechtliche Charakter der Notstandshandlung.

Die Frage nach dem Grunde der Straflosigkeit der Notstandshandlung ist nicht zu verwechseln mit der Frage nach der rechtlichen Charakterisierung derselben. Erstere gehört mehr der Philosophie an, mit der letzteren müssen wir uns hier zunächst auseinandersetzen. Die Notstandshandlung wird bald als rechtmäßig, bald als rechtswidrig, aber straflos, bald als rechtlich irrelevant bezeichnet. Letztere Auffassung wird von Binding[4]) für den Teil der Notstandsfälle, die nicht durch ein Notrecht gedeckt sind, vertreten. Die Notstandsverletzung sei nicht rechtmäßig, sie sei aber unverboten. Die maßvolle Notstandsverletzung seitens des Gefährdeten laufe der Norm nicht zuwider; sie sei aber auch keine solche, welche der durch sie Betroffene von Rechts wegen über sich ergehen lassen müßte. Die von Binding gelehrte Lehre fand viele Anhänger[5]). Gegen die Annahme einer rechtlich indifferenten, einer rechtlich freien Handlung spricht folgendes. Recht und Unrecht sind nicht Begriffe, welche konträre, polare Gegensätze bezeichnen, wie „Schwarz“ und „Weiß“, zwischen denen eine ganze Reihe von Farbentönen eingeschaltet werden kann, die weder schwarz noch weiß sind. Recht und Unrecht

---

[1]) z. B. v. Liszt, Lehrb. S. 148.

[2]) Handb. S. 759.

[3]) S. 39; auch Würzburger, S. 13.

[4]) Handb. S. 765 ff. u. 158.

[5]) So Tobler, S. 36 ff.; Nietsche, S. 26 ff.; auch Frank, § 54, IV.; Moriaud, S. 277, sieht im Notstande un acte ni juste, ni injuste. Tietze, S. 3.

bezeichnen vielmehr kontradiktorische Gegensätze, Gegensätze, welche etwas Seiendes im Gegensatz zum Nichtseienden bezeichnen. Solche Begriffe sind z. B. Leben und Tod, etwas Drittes gibt es nicht dazwischen; ein Scheinleben oder Scheintod ist eben nur ein Schein des Lebens oder des Todes, nicht etwas für sich Existierendes. Ein punctum indifferentiae zwischen etwas Seiendem und Nichtseiendem ist eben undenkbar. Aus diesen Gründen scheidet die Auffassung, als seien manche Notstandsfälle rechtlich indifferente Handlungen, aus unserer Darstellung aus. Würzburger[1]) verwirft nicht generell den Begriff der rechtlich freien Handlung. Wohl gebe es solche Handlungen, aber sie behielten diese Eigenschaft nur solange, als sie sich lediglich gegen die Person des Handelnden selbst richteten, als sie nur die Verrichtungen des täglichen Lebens darstellten, ohne welche unsere physische Existenz ganz unmöglich wäre. Sobald dagegen eine Handlung nicht mehr die Rechtssphäre des Handelnden berühre, sobald sie in die eines anderen übergreife, müsse die Rechtsordnung zu ihr Stellung nehmen. Ohne also auf den Begriff der rechtlich freien Handlung näher einzugehen, gelangt Würzburger zu demselben Resultate wie wir, die Notstandshandlung könne nur entweder rechtmäßig oder aber rechtswidrig und straflos sein.

Das Notrecht hat erst in den letzten Jahrzehnten in der Wissenschaft und Gesetzgebung die ihm gebührende Anerkennung gefunden. Die Möglichkeit eines Notrechtes wurde aus dem Grunde geleugnet, weil es kein Recht gebe, in der Not Unrecht zu tun[2]). Man übersah völlig, daß alle Rechte doch nur bedingter Natur seien, abhängig von der Möglichkeit des gesellschaftlichen Zusammenlebens, nicht absolute Werte, unabhängig von jeglicher Beziehung zu der Gesellschaft, deren Lebensweise sie regeln. Das Wohl der Gesellschaft fordert es oft, daß manche Rechtsgüter für das Fortbestehen anderer aufgeopfert werden müssen. Ein weiterer Grund, weshalb das Notrecht verhältnismäßig spät in der strafrechtlichen Wissenschaft das ihm gebührende Interesse erweckt hat, liegt wohl darin, daß das Notrecht eigentlich in das Gebiet des Strafrechts nicht hineingehört. Es ist nicht die Aufgabe des Strafrechts, die Voraussetzungen festzusetzen, unter denen eine Handlung rechtmäßig oder rechtswidrig sein soll. Dies ist die Aufgabe des Zivilrechts. Das Strafrecht soll sich nur mit den vom Zivilrecht für rechtswidrig erklärten Handlungen befassen, um die Voraussetzungen zu bestimmen, welche die Strafbarkeit einer rechtswidrigen Handlung bedingen. Rechte, denen wir den Charakter von Notrechten zusprechen müssen, finden wir daher zuerst auf dem Gebiete des Zivilrechts. Das römische Recht gibt uns

---

[1]) S. 37.

[2]) Geyer, „Die Lehre von der Notwehr", S. 4. Janka, S. 187 ff.

bereits Beispiele dafür. Die actio de tigno iuncto, die lex Rhodia de iactu sind nichts anderes als Notrechte.

Das Bestehen von Notrechten hat auch die moderne Wissenschaft und Gesetzgebung anerkannt. Welchen Handlungen jedoch der Charakter von Notrechten verliehen werden soll, darüber herrschen lebhafte Kontroversen. v. Liszt[1]), empfiehlt in allen Fällen des Notstandes ein Notrecht anzunehmen. Hierin geht v. Liszt zu weit. Schon der Umstand, daß dann folgerichtig gegen jede Notstandshandlung Notwehr ausgeschlossen wäre, was oft zu unerträglichen Folgerungen führen würde, spricht gegen eine derartige Auffassung. In mancher Hinsicht interessant sind die Ausführungen Stammlers, dessen Schrift über den Notstand zu den modernen Erscheinungen auf diesem Gebiete jedoch nicht mehr gezählt werden kann. Stammler[2]) gibt dem Notrecht eine weite Ausdehnung: es gebe ein Recht des Notstandes, und es sei nicht rechtswidrig, sondern dem Rechte gemäß, daß ein qualitativ höheres Recht auf Kosten des niederen, oder ein quantitativ umfangreicheres auf Kosten des qualitativ gleichen, aber quantitativ geringeren, oder mindestens ein qualitativ und quantitativ gleiches Recht auf Kosten des anderen erhalten werde. Stammler spricht hier von einem Konflikt von Rechten; man könnte, ohne den Gedankengang Stammlers zu stören, ganz gut statt Recht Rechtsgut setzen. Der Notstand ist ja doch ein Konflikt von Gütern und nicht von Rechten. In der Annahme eines Notrechtes beim letzten Kollisionsfall, wo quantitativ und qualitativ gleiche Rechtsgüter in Konflikt geraten, geht Stammler zu weit. Es würden sich in diesem Falle zwei Notrechte gegenüberstehen; eine derartige Annahme führt zu unlösbaren Widersprüchen. Handle es sich z. B. um einen Notstand zwischen Leben und Leben, so würden beide Gegner das Recht haben, sich gegenseitig das Leben zu nehmen, und kämen im Kampfe beide um, so lägen zwei rechtmäßige Tötungen vor. Da ferner gegen eine rechtmäßige Handlung Notwehr ausgeschlossen ist, so dürfte sich keiner gegen den Angriff des anderen verteidigen.

Aus dem hier Dargelegten geht hervor, daß ein Notrecht nur zur Rettung eines überwiegenden Interesses anerkannt werden kann. Alle anderen durch Notrechte nicht gedeckten Notstandsfälle sind, da wir aus den oben dargestellten Gründen den Begriff der rechtlich indifferenten Handlung verwerfen, rechtswidrig, aber straflos. Unser klarer Standpunkt in der rechtlichen Charakterisierung der Notstandshandlung — sie ist unserer Auffassung nach entweder rechtmäßig oder rechtswidrig — erleichtert uns wesentlich die Lösung der beiden Kontroversen: „Ist gegen

---

[1]) Lehrb. S. 148.
[2]) S. 74.

die Notstandshandlung Notwehr zulässig?“ „Ist die Teilnahme an der Notstandshandlung strafbar?“

Ist die Notstandshandlung durch ein Notrecht nicht gedeckt, so ist sie, wie schon erwähnt, rechtswidrig; daß sie straflos ist, kommt hier nicht in Betracht, da es doch auch leges minus quam perfectae geben kann. Notwehr ist gegen einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff zulässig. Enthält nun die Notstandshandlung außer der Rechtswidrigkeit noch jene charakteristischen Merkmale, so muß gegen sie Notwehr zulässig sein. Sind die Notrechte gar nicht oder nicht in genügendem Maße vom Zivilrecht anerkannt, so muß das im Notstande verliehene Privileg allzuoft für illusorisch gelten. Aus diesem Grunde sind auch alle die Versuche erklärlich, schon auf Grund der strafrechtlichen Bestimmungen gegen Notstandshandlungen die Notwehr auszuschließen.

Was die zweite Frage anbetrifft, ob die Teilnahme an der Notstandshandlung strafbar oder straflos ist, so muß man sich ebenfalls vergegenwärtigen, daß die Notstandshandlung rechtswidrig ist und an und für sich strafbar sein sollte. Nur aus ganz bestimmten Gründen sieht sich der Gesetzgeber veranlaßt, die sonst gebotenen Konsequenzen außer Acht zu lassen und von der Strafbarkeit der Handlung abzusehen. Die Gründe, weswegen er dies tut, sind verschiedenartiger Natur. Es fehle dem Gefährdeten die völlig freie Willensentschließung angesichts der drohenden Gefahr; die Strafe erfülle nicht ihren Hauptzweck, weil der Bedrohte im Momente der Gefahr die abratende Stimme des Gesetzes außer Acht lassen werde, da die Strafe als das entferntere Übel auch als das geringere dem Bedrohten erscheine. Das Gesetz könne ferner die heroische sittliche Kraft, in der Not lieber unterzugehen als fremdes Gut anzugreifen, in der Regel nicht fordern. Alle diese Gründe treffen nur bei dem Gefährdeten selbst zu, ausnahmsweise auch bei seinen nächsten Angehörigen. Nur auf sie kann das Gesetz Rücksicht nehmen und von der Strafbarkeit ihrer Tat absehen. Jeden Dritten dagegen, der an einer Notstandshandlung teil nimmt, muß Strafe treffen. Auch diese Entscheidung wird, wenn durch Statuierung von Notrechten nicht ein Gegengewicht geschaffen wird, zu Härten und unbefriedigenden Ergebnissen führen. Mancher wird, wenn er von Mitleid ergriffen einem Fremden in der Not beispringt und dabei Rechtsgüter eines Unbeteiligten verletzt, seine Opferwilligkeit mit Strafe büßen müssen. Was hier von der Teilnahme an einer fremden Notstandshandlung gesagt ist, dies gilt auch in bezug auf die allein ausgeführte Tat Dritter, auf die Nothilfe. Solche unbefriedigenden Ergebnisse lassen sich aber nicht dadurch beseitigen, daß man die Nothilfe generell zuläßt, da man nach der anderen Seite wieder zu bedenklichen Folgerungen gelangen dürfte. Sollte die Nothilfe jedem Dritten gestattet sein, so müßte z. B. derjenige straflos

bleiben, der vom Ufer aus zusieht, wie zwei Personen um das berühmte Brett des Karneades ringen und, da er ihnen keine Hilfe bringen kann, eine von ihnen erschießt. Es dürfte dem Rechtsgefühl kaum entsprechen, daß, besonders bei der Kollision gleichwertiger Rechtsgüter, einem beliebigen Dritten es erlaubt sein sollte, nach seinem Gutdünken die Entscheidung darüber zu fällen, welches Rechtsgut zur Rettung eines anderen der Vernichtung anheimfallen solle. Auf keinen Fall aber dürfe die Nothilfe bei einem Notstande zwischen Leben und Leben jedem Dritten gestattet werden[1]). Ein Gegengewicht gegen die Einschränkung der Nothilfe bietet, wie schon gesagt, ein weiterer Ausbau der Notrechte. Das Notrecht steht prinzipiell jedermann zu.

§ 3.

Das Prinzip der Proportionalität im allgemeinen.

Das Notrecht kann nur dort anerkannt werden, wo die in Konflikt geratenen Güter von ungleichem Werte sind. Wir kommen hiermit zu einem der wichtigsten Erfordernisse der Rechtmäßigkeit einer Notstandshandlung, zu dem Prinzip der Proportionalität. Bevor wir auf das Wertverhältnis der in Kollision geratenen Güter eingehen, mögen einige Bemerkungen über die Ermittelung des Wertes dieser Güter vorausgeschickt werden. Der Maßstab, der angelegt werden soll, um diesen Wert zu ermitteln, muß ein objektiver sein. Der subjektive Maßstab, der die subjektive Not des in Notstand Geratenen berücksichtigt, ist hier zu verwerfen, da Notrechte ihrem Charakter nach nur dem Werte, den die Güter ihrer Bedeutung nach für die Gesamtheit haben, Rechnung tragen können. Eine richtige Abschätzung des Wertes zweier Güter ist natürlich schwierig. Die Schwierigkeit wird noch durch den Umstand vermehrt, daß es nicht auf den Wert der in Konflikt geratenen Güter ankommt, sondern auf den Wert der verursachten und abgewendeten Schäden. Würde nämlich nur der Wert der Güter zu berücksichtigen sein, so wäre die Folge, daß zur Abwendung einer geringfügigen Schädigung eines wertvollen Gutes ein nur etwas weniger wertvolles Gut vernichtet werden könnte. Der Gesichtspunkt, von dem man den Wert des verursachten Schadens zu dem des abgewendeten Schadens betrachtet, muß ein objektiver sein. Es kommt nicht darauf an, wie groß die drohende Gefahr

---

[1]) Gegen die Zulassung genereller Nothilfe Binding, Handb. S. 766, 785. Olshausen, Nr. 3, Abs. 3 zu § 54. Janka, S. 256 ff. Merkel, S. 24 ff. Nietsche, S. 24. Würzburger, S. 39. — Hälschner, Lehrb. I. S. 489 u. 500 ff. für die Zulassung der Nothilfe in den Fällen, wo der Täter den verursachten Schaden in der Absicht zufügt, größeren Schaden abzuwenden.

im Vergleich zum verursachten Schaden dem in Notstand Geratenen erschienen ist, sondern darauf, wie groß dieselbe nach dem arbitrium boni viri tatsächlich war. Dieses arbitrium boni viri zu finden, ist gar nicht leicht. Schon die Rangordnung der verschiedenen Güter untereinander bietet uns Schwierigkeiten. Sowohl die Gesellschaft als auch die einzelnen Individuen legen den einzelnen Güterarten je nach den Umständen einen ganz verschiedenen Wert bei. Ethische, soziale und politische Momente und Anschauungen spielen hierbei eine wichtige Rolle. Es bleibt die Aufgabe der Psychologie, auf die Ursachen einzugehen, auf denen die verschiedene Art der Wertschätzung beruht. Wir haben uns nur zu beschäftigen mit den bereits erzeugten Wertschätzungen und den im Umlauf befindlichen Werten. In den vom Gesetz für einzelne Verbrechen statuierten Strafrahmen erhalten wir gewisse Anhaltspunkte für die Bewertung einzelner Güterarten. So wissen wir, daß der Mord schwerer bestraft wird als die Körperverletzung, diese wiederum schwerer als die Beleidigung. Damit ist aber verhältnismäßig noch wenig gewonnen, da der Wert des Gutes, im Strafrahmen des Strafgesetzbuchs ausgedrückt, ganz verschieden ist vom Wert desselben im speziellen Falle für das einzelne Individuum und hiermit auch oft für die Gesellschaft im allgemeinen. Es gibt Güterarten, die für einzelne gar nicht ersetzt werden können, für andere wiederum von geringem Wert sind. So gilt für eine ehrbare Frau ihre Geschlechtsehre oft höher als das Leben, für eine Dirne gar nichts. Die große Relativität des Wertes einzelner Güter kann leicht erkannt werden, wenn man die Rechtsgüter des Lebens, der Gesundheit, Freiheit, Ehre mit materiellen Gütern vergleicht. Auf den ersten Blick wäre man wohl geneigt, den ersteren den Vorzug zu geben. Und doch kann z. B. eine leichte Körperverletzung oder eine Freiheitsberaubung als das geringere Übel im Vergleich zu einem bedeutenden Vermögensverlust bezeichnet werden. Dies wird immer auf die Umstände des einzelnen Falles ankommen. Man wird immer die quantitative Größe der einzelnen Güterart in Erwägung ziehen müssen, ferner das Verhältnis, in welchem das betreffende Gut zu seinem Träger steht: denn auch dieses ist ein Wert, der berücksichtigt werden muß. Für einen Millionär ist der Verlust einer gewissen Summe Geldes von weit geringerer Bedeutung als für einen armen Tagelöhner. Auch für die Gesamtheit ist das Eigentum des einen von anderer Bedeutung als dasjenige des anderen. Wenn ein sehr reicher Mann um ein paar hundert Mark erleichtert wird, kann es für ihn selbst recht schmerzhaft sein, der Gesellschaft schadet dieser Umstand an und für sich nicht viel. Wenn aber ein anderer, dessen Existenz durch einen derartigen Verlust bedroht ist, denselben Schaden erleidet, so zieht das in weit höherem Maße die Gesamtheit in Mitleidenschaft. Bei dieser großen Verschiedenheit des

Wertes einzelner Güter muß dem Richter zur Abschätzung des Wertes der in Kollision geratenen Güter ein weiter Spielraum gelassen werden. Er darf nicht durch enge Begrenzungen in der freien Würdigung der in Frage kommenden Umstände und Verhältnisse gebunden werden. Der Richter wird unter Prüfung aller in Betracht kommenden Umstände nach Lage des Falles die Entscheidung fällen müssen, ob der in Notstand sich Befindende nach den allgemein geltenden Anschauungen den durch die Gefahr drohenden Schaden im Vergleich zu dem Schaden, den er durch seine Handlung verübt hat, auch richtig eingeschätzt hat. Den reinen Affektionswert darf der Richter nicht berücksichtigen, da der in Notstand Geratene oft nicht in der Lage ist, denselben abzuschätzen; auch hat die Rechtsordnung gar kein Interesse daran, daß er berücksichtigt wird. Wie schon gesagt, muß dem Richter bei Prüfung des speziellen Falles eine große Freiheit eingeräumt werden. In gewisser Beziehung dürften jedoch Grenzen, welche der Richter nicht überschreiten darf, geboten sein. Ein Notrecht dürfte nur einen Eingriff in fremde Vermögensgüter erlauben. Dasselbe auf die Persönlichkeitssphäre eines anderen auszudehnen, scheint zu weit zu gehen. Die Schwierigkeit, ein Notrecht bei Eingriffen in die Persönlichkeitsrechte zu statuieren, liegt in der objektiven Bestimmung des Wertes dieser Güter. Es wäre hart, gerade bei den Gütern der Gesundheit, Freiheit, Ehre u. s. w. den objektiven Maßstab anlegen zu wollen, ohne auf die subjektiven Motive dessen Rücksicht zu nehmen, der sich den fremden Eingriff in diese Rechtsgüter gefallen lassen soll. Die Härte würde in der Verweigerung der Notwehr gegenüber diesen Notstandshandlungen, was ja die Folge des Notrechtes ist, liegen. In vielen Fällen würde es dem Rechtsgefühl widersprechen, wollte man denjenigen, der den objektiven Wert der in Kollision geratenen Güter nicht richtig abgeschätzt hat und gegen die Notstandshandlung eines anderen Gewalt angewandt hat, wegen seiner Tat bestrafen. Nach der anderen Seite hingegen sollten die subjektiven Motive des in Notstand Geratenen auch Berücksichtigung finden. Es wäre erwünscht, wenn das Strafrecht außer im Falle des Lebensnotstandes die Strafbarkeit der Handlung davon abhängig machen wollte, daß dem Täter das erforderliche Verhältnis der in Kollision geratenen Güter als vorliegend erscheinen konnte. Die Notstandsfälle würden hierbei nicht einheitlich geregelt werden. Bei Eingriffen in Vermögensgüter eines anderen würde ein Notrecht vorliegen. Das hierbei zu wahrende Proportionalitätsprinzip würde nur Rücksicht auf den objektiven Wert der kollidierenden Interessen nehmen können. Es wäre die Aufgabe des Zivilrechts, diese Notstandshandlungen für rechtmäßig zu erklären. Das Strafrecht würde den Notstand nur als Strafausschließungsgrund zu regeln haben. Bei Gefahr für Leib und Leben sollten die Notstandsbestimmungen keinerlei Regeln

über das Verhältnis des zu verletzenden zu dem zu schützenden Gute enthalten, da man von demjenigen, der sich in einer derartigen Gefahr befindet, kaum verlangen kann, auf den Wert der kollidierenden Interessen sein Augenmerk zu richten. In allen anderen Fällen dagegen, wo es sich um Rettung von Persönlichkeits- oder Vermögensgütern handeln sollte, würde die Strafbarkeit von der Wertschätzung der in Kollision geratenen Güter seitens des Täters abhängen.

Das Wertverhältnis des durch die Notstandshandlung verursachten Schadens zum abgewendeten Schaden kann ein sehr verschiedenes sein. Da, wie wir bereits ausgeführt haben, für die Lösung des Notstandskonfliktes das Prinzip des überwiegenden Interesses maßgebend ist, so kämen nur diejenigen Wertverhältnisse für die Notstandsbestimmungen in Frage, bei denen der verursachte Schaden geringer ist als der abgewendete. Die Notstandshandlung schon in dem Falle für straflos resp. für rechtmäßig erklären zu wollen, wenn der verursachte Schaden nur wenig geringer ist als der abgewendete Schaden, dürfte unserem Rechtsempfinden nicht entsprechen. Die Befolgung der Rechtsnorm ist für die Rechtsordnung zu wichtig, als daß zur Rettung eines Rechtsgutes schon ein um ein wenig geringeres Gut verletzt werden könnte. In diesem Falle muß die Rechtsordnung darauf bestehen, daß der in Notstand Geratene sich der ihn bedrohenden Gefahr unterzieht und nicht in fremde Rechtsgüter eingreift. Wenn dagegen der durch die Notstandshandlung verursachte Schaden bedeutend kleiner ist als der abgewendete Schaden, so ist es billig, daß unter den oben beschriebenen Voraussetzungen die Handlung für rechtmäßig erklärt wird. Im Falle, daß die Rechtsordnung nur die Strafe ausschließt, ohne die Handlung für rechtmäßig zu erkennen, ist dasselbe Wertverhältnis der kollidierenden Güter maßgebend, nur mit dem Unterschiede, daß dann eine subjektive Wertschätzung der Güter von Bedeutung ist. Der Täter muß genügenden Grund gehabt haben, den von ihm verursachten Schaden für geringfügig im Verhältnis zum verteidigten Gut zu halten. Das hier besprochene Wertverhältnis ist kein fest bestimmtes, sondern innerhalb gewisser Grenzen ein relatives. Diese Relativität ist jedoch keine allzu große, so daß es dem Richter nicht schwer fallen dürfte, im gegebenen Falle das Wertverhältnis richtig zu bestimmen.

§ 4.

Das Prinzip der Proportionalität in unserer Gesetzgebung.

Das St.G.B., welches den Notstand als Strafausschließungsgrund nur bei Gefahr für Leib und Leben anerkennt, enthält keinerlei Bestimmungen über das Verhältnis des zu verletzenden zu dem zu schützenden

Gute. Dies ist ja ganz natürlich, da bei Gefahr für Leib und Leben Vorschriften, welche die Bewegungsfreiheit des Bedrohten hemmen könnten, nur widersinnig wären. Erst das B.G.B. hat bei seinen Notstandsbestimmungen das Prinzip der Proportionalität zwischen dem zu verletzenden und dem zu schützenden Gute aufgestellt. Die §§ 228 und 904 statuieren Notrechte, ergänzen die Bestimmungen des Strafgesetzbuches. Sind nämlich Handlungen schon nach §§ 228, 904 rechtmäßig, so können sie auch nicht strafbar sein.

Die Notstandsbestimmungen des St.G.B. sind, wie schon erwähnt, Strafausschließungsgründe. Die Tat ist an und für sich rechtswidrig; der Gesetzgeber nimmt ihr aber aus speziellen Gründen, hier das Moment des Notstandes, ihre Strafbarkeit. Eine im Notstand begangene Handlung ist nur rechtswidrig, wenn sie nicht in den von §§ 228 und 904 B.G.B. statuierten Rahmen fällt. Sie ist demnach rechtswidrig, 1. wenn sie sich gegen die Unversehrtheit einer Person richtet, 2. wenn sie zwar gegen Sachen gerichtet ist, die betreffenden Notstandsbestimmungen des B.G.B., so die Bestimmungen über die Verhältnismäßigkeit der in Kollision geratenen Güter, verletzt werden.

Durch die Einführung des Proportionalitätsprinzips, welches nur den objektiven Wert der kollidierenden Interessen berücksichtigt, sind die durch die Paragraphen des B.G.B. geregelten Notstandsfälle auf eine ganz andere Basis gestellt worden. Es wird nicht entschieden nach der subjektiven Not des im Notstande sich Befindenden, sondern nach dem objektiven Wert, den die Güter für die Gesamtheit besitzen.

In den beiden Paragraphen des B.G.B. ist das Prinzip der Verhältnismäßigkeit nicht gleichmäßig durchgeführt[1]).

In § 228 lautet dasselbe:

„Wenn der Schaden nicht außer Verhältnis zu der Gefahr steht."

In § 904:

„Wenn der drohende Schaden gegenüber dem entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist."

In § 228 bildet den Maßstab für die Wertschätzung der durch die Handlung verursachte Schaden, in § 904 bildet denselben der drohende, das heißt der durch die Handlung abgewendete Schaden. Die Formulierung des Proportionalitätsprinzips in diesen beiden Paragraphen muß als eine unglückliche bezeichnet werden. Warum dieser Wechsel des Ausdrucks? der ja auch sonst oft unbegründet und überflüssig ist. Das Gesetz ist ja kein Aufsatz und braucht nicht die Korrektur des Lehrers „Mehr Abwechselung" zu befürchten. Statt des drohenden Schadens

[1]) Verkannt von Tietze, S. 105, Anm. 20: „In der Sache selbst meinen die beiden Paragraphen dasselbe." Diese Meinung widerlegt Großmann S. 44 ff.

wäre nach dem Wortlaut des § 228 in § 904 die „Gefahr“ zu setzen und anstatt des entstehenden Schadens kurzweg Schaden zu setzen. Die beiden Sätze würden dann lauten:

In § 228 unverändert:

„Wenn der Schaden nicht außer Verhältnis zu der Gefahr steht.“

In § 904:

„Wenn die Gefahr gegenüber dem Schaden unverhältnismäßig groß ist.“

Wollte man ferner den Unterschied der Verhältnisse noch dadurch deutlicher darstellen, daß man beide Male das Verhältnis vom Standpunkte der Gefahr betrachtet, so würden die Sätze folgendermaßen lauten:

Nach § 228 ist die Notstandshandlung rechtmäßig, wenn „die Gefahr nicht wesentlich geringer als der Schaden“. Nach § 904 dagegen, wenn „die Gefahr wesentlich größer als der Schaden“.

Der Grund, weswegen das Proportionalitätsverhältnis in § 228 zu Ungunsten der fremden Sache formuliert ist, in § 904 dagegen der Eingriff in fremde Sachgüter nur unter schärferen Bedingungen für rechtmäßig erklärt wird, liegt darin, daß im Falle des § 228 der Eingriff gegen die gefahrdrohende Sache selbst gerichtet ist, im Falle des § 904 dagegen wird der Schaden einer ganz unbeteiligten Rechtssphäre zugefügt. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte der § 228 (Selbstverteidigung gegen Sachen) die Bestimmungen über die Notwehr ergänzen. Der Gesetzgeber wagte es jedoch nicht, die Ausübung der in § 228 geregelten Handlung wie bei der Notwehr ohne Rücksicht auf den Wert der Güter zu gestatten. Bei der Selbstverteidigung gegen Sachen wurde die Abwehrhandlung nur dann für rechtmäßig erklärt, wenn der Schaden nicht unverhältnismäßig groß ist gegenüber der Gefahr. Ganz andere Erwägungen leiteten den Gesetzgeber bei der Formulierung des § 904. Sollte ein neutrales Gut zu Gunsten eines anderen aufgeopfert werden, so müßten schon wichtige Gründe vorliegen, um in das sonst unverletzliche fremde Eigentum eingreifen zu können. Von bedeutend höherem Werte muß das zu rettende Gut im Vergleich zum fremden sein, um dem Eingriff in fremde Sachgüter den Charakter einer rechtmäßigen Handlung zu verleihen. Das in § 228 aufgestellte Wertverhältnis der kollidierenden Interessen konnte deshalb hier nicht mehr genügen. Nur wenn die Verletzung fremder Güter verhältnismäßig gering ist im Vergleich zum Wert der geretteten Güter, nur dann kann die Handlung für rechtmäßig gelten.

Durch das B.G.B. ist, wie schon erwähnt, ein weites Gebiet den Notstandsbestimmungen des St.G.B. entzogen worden. Die Notstandsbestimmungen des St.G.B. kommen nur in Frage, wenn die Handlung zur Rettung aus einer gegenwärtigen Gefahr für Leib und Leben des

Täters oder eines Angehörigen begangen wird. Es ist deshalb auch erklärlich, daß unser St.G.B. bei Straflosigkeitserklärung der Notstandshandlung nur in diesen engen Grenzen das Proportionalitätsprinzip gar nicht berücksichtigt. Das Gesetz sagt mindestens keinen Ton davon. Nur in den Motiven wird der Notstand bezeichnet als „Kollision zwischen zwei Rechten, bei welcher das geringere Recht dem größeren weichen muß". Aus diesen Worten der Motive ziehen nun manche den Schluß [1]), daß der strafrechtliche Notstandsbegriff dieses Prinzip der Proportionalität als Tatbestandsmerkmal enthalte, und wollen nur, wenn das verletzte Gut geringer sei als die drohende Gefahr, Straflosigkeit eintreten lassen. Eine derartige Auslegung des Gesetzes einzig und allein nach jener Begriffsbestimmung der Motive ist unzulässig. Ein so wichtiges Prinzip wie das der Proportionalität muß doch im Gesetze selbst klar zum Ausdruck kommen, eine Andeutung in den Motiven genügt nicht. Die Definition, welche die Motive vom Notstande geben, ist übrigens auch falsch. Erstens ist der Notstand, wie dies von der Doktrin jetzt allgemein anerkannt wird, keine Kollision von Rechten. Ferner enthält der Notstandsbegriff, wie wir oben bereits ausgeführt haben [2]), keine Regeln über die Lösung des durch den Notstand verursachten Konfliktes. Die Definition des Notstandes ist nur die eines Zustandes. Aus diesem Grunde darf ein solches Moment wie das der Proportionalität in den Notstandsbegriff gar nicht aufgenommen werden. Widrigenfalls würde eine derartige Definition mehr wie den bloßen Notstandsbegriff enthalten, sie würde vielmehr die Regeln angeben, unter denen die im Notstande vorgenommenen Handlungen rechtmäßig oder straflos wären. Es ist deshalb unzulässig, annehmen zu wollen, daß der Begriff des Notstandes das Prinzip der Proportionalität als wesentliches Merkmal enthalte.

In der oben dargelegten Ausdehnung und Form findet das Prinzip der Proportionalität in unserem geltenden Rechte seine Anwendung. Die folgende Untersuchung soll sich mit der Frage befassen, inwieweit dieses Prinzip in der neueren Gesetzgebung außerdeutscher Staaten berücksichtigt worden ist. Die Ergebnisse der Prüfung sollen für etwaige Reformvorschläge verwendet werden.

[1]) So Oppenhoff, Note 7 zu § 54. Simonson, S. 388.
[2]) S. 7. Siehe auch Binding, Handb. I, S. 759.

§ 5.

Das Proportionalitätsprinzip in der Gesetzgebung außerdeutscher Staaten.

I. Der russische Entwurf vom Jahre 1882 und das neue russische Strafgesetzbuch von 1903.

Absatz 1 des Artikels 42 im Entwurfe von 1882 ist kongruent mit dem Absatz 1 des Paragraphen 46 im neuen Strafgesetzbuch. Absatz 2 hat insoweit eine Änderung erfahren, als um Mißverständnisse zu beseitigen eine Fassung gewählt wurde, welche die Zulassung der Nothilfe ganz genau präzisiert. Der jetzige § 46 lautet:

„Nicht als verbrecherisch gilt die Handlung, welche zur Rettung des eigenen oder des Lebens einer anderen Person aus einer Gefahr begangen wurde, welche infolge Drohung, rechtswidriger Nötigung oder aus einer anderen Ursache entstanden und zugleich durch ein anderes Mittel nicht abwendbar war.

Ebenso gilt als nicht verbrecherisch die Handlung, welche zur Rettung der Gesundheit, Freiheit, Geschlechtsehre oder eines anderen persönlichen oder Vermögensgutes seiner selbst oder einer anderen Person aus einer Gefahr begangen wurde, welche infolge Drohung, rechtswidriger Nötigung oder aus einer anderen Ursache entstanden und zugleich durch ein anderes Mittel nicht abwendbar war, sofern der Täter hinreichenden Grund hatte, den von ihm bewirkten Schaden im Vergleich mit dem zu schützenden Gute für unbedeutend zu halten.

Die Vorschriften finden keine Anwendung in Fällen, wo die Abwendung der Gefahr selber eine verbrecherische Handlung bildet."

Absatz 1 regelt den Lebensnotstand, Absatz 2 alle übrigen Fälle des Notstandes, jedoch mit dem Unterschiede, daß hierbei der Täter die Absicht haben muß, einen bedeutend größeren Schaden abzuwenden, als er verursacht. Das Prinzip der Güterabwägung hat also hier eine subjektive Fassung. „Der Täter muß hinreichenden Grund haben, den von ihm bewirkten Schaden im Vergleich mit dem zu schützenden Gute für unbedeutend zu halten." Nach dieser Fassung müssen zwar gewisse objektive Tatsachen vorliegen, welche die Wertschätzung des Täters rechtfertigen; doch auch subjektive Momente, welche ihn hierbei beeinflussen können, müssen berücksichtigt werden[1]). Dies ist unserer Ansicht

[1]) Siehe Gretener, G.-S. S. 55. Nitsche, S. 53 (bei der Kritik des Entwurfes von 1882), meint, daß das Gesetz nur eine objektive Güterabwägung fordere. Dies erklärt sich daraus, daß Nitsche in den Fällen des Art. 42 Abs. 2 ein Notrecht sieht.

nach das allein Richtige, daß bei einem bloßen Strafausschließungsgrunde auch die subjektive Not des in Notstand Geratenen beachtet wird. Das Wertverhältnis, das für die Straflosigkeit gefordert wird, ist dasselbe, welches sich in § 904 B.G.B. findet. Die Gefahr muß wesentlich größer sein als der Schaden. Der im Gesetz statuierte subjektive Maßstab in bezug auf die Wertschätzung der in Kollision geratenen Güter verträgt sich schlecht mit der allgemein zugelassenen Nothilfe. Falls ein Dritter dem in Notstand Geratenen Hilfe bringt, ist ein Maßstab, der der subjektiven Not des Täters Rechnung trägt, nur widersinnig. Da jedoch nach § 46 Abs. 2 die Tat nur straflos bleibt, wenn dem Täter die Gefahr wesentlich größer erscheinen konnte als der Schaden, so dürften die praktischen Folgen, welche sich aus diesem theoretischen Widerspruch ergeben, keine allzu schlimmen sein. Scharf zu tadeln wäre dagegen die allgemeine Zulassung der Nothilfe in Abs. 1 des § 46. Für den Fall, daß Leben und Leben miteinander in Kollision geraten, könne es unmöglich einem beliebigen Dritten überlassen werden, willkürlich darüber zu entscheiden, welches Leben erhalten bleiben und welches zu Grunde gehen soll[1]).

II. Das bulgarische Strafgesetz vom 2. Februar 1896.

Der Artikel 46 des bulgarischen Strafgesetzes ist dem entsprechenden Artikel des russischen Entwurfes nachgebildet. Derselbe lautet:

„Nicht bestraft wird, wer eine Handlung begeht, um sein Leben oder das Leben seiner Angehörigen aus einer unmittelbaren Gefahr zu retten, die aus äußerster Not oder Bedrohung oder unüberwindlicher Gewalt hervorgeht, wenn die Gefahr auf andere Weise nicht abgewendet werden kann.

Unter den gleichen Bedingungen wird nicht bestraft, wer eine Handlung begeht, um seine Gesundheit, Freiheit, Keuschheit oder andere persönliche oder sachliche Güter zu retten, wenn die Zufügung des Schadens wegen Geringfügigkeit dem erretteten Gute entsprechend erachtet wird.

Diese Vorschrift findet keine Anwendung, wenn schon die Abwendung der Gefahr eine strafbare Handlung darstellt."

Absatz 1 beschränkt die Nothilfe im Gegensatz zum russischen Entwurfe auf „Angehörige." Wer zu den Angehörigen zu rechnen sei, ist im Gesetze nicht bestimmt. Es bleibt dem Richter überlassen, festzustellen, ob der in Notstand Geratene zu dem nothelfenden Dritten in einem solchen Verhältnis steht. Eine derartige Regelung, welche den

[1]) Vergleiche darüber meine Ausführungen auf S. 10.

Kreis der Personen, denen die Nothilfe gestattet ist, nicht gesetzlich schließt, dürfte sich wohl empfehlen[1]). Allen Lebenslagen und Verhältnissen kann der Gesetzgeber in der Bestimmung der Angehörigen doch nicht Rechnung tragen. Es wäre noch zu erwägen, ob statt des Ausdrucks „Angehörige“ nicht vielleicht „nahestehende Personen“ zu setzen wäre[2]).

Im Absatz 2 ist die Nothilfe überhaupt nicht zugelassen, der Täter darf ja nur „seine“ Gesundheit, Freiheit usw. retten. Dieser Umstand stempelt diesen ganzen Absatz zu einem höchst persönlichen Strafausschließungsgrunde. Ganz sonderbar nimmt sich dagegen das Prinzip der Proportionalität aus, welches nur auf den objektiven Wert der kollidierenden Güter Rücksicht nimmt. Es ist die entgegengesetzte Inkonsequenz wie im russischen Gesetzbuche: hier die Nothilfe allgemein verweigert, dagegen das Prinzip der Proportionalität nach dem objektiven Maßstab formuliert, dort die Nothilfe generell zugelassen, dagegen das Proportionalitätsprinzip in eine subjektive Fassung gebracht.

III. Allgemeines bürgerliches Strafgesetzbuch für das Königreich Norwegen vom 22. Mai 1902.

§ 47. „Niemand kann wegen einer Handlung bestraft werden, die er vorgenommen hat, um jemandes Person oder Eigentum aus einer auf andere Weise nicht zu beseitigenden Gefahr zu retten, wenn die Umstände ihn berechtigten, diese im Verhältnis zu dem Schaden, der durch seine Handlung verursacht werden konnte, als besonders groß anzusehen.“

Alle Notstandsfälle sind hier einheitlich geregelt, das Proportionalitätsprinzip gilt demnach auch für die Fälle, wo jemand in Leibes- oder Lebensgefahr gerät. Das hier geforderte Proportionalitätsprinzip hat eine subjektive Fassung[3]). Die Notstandshandlung ist straflos, wenn dem Täter die Gefahr im Verhältnis zu dem Schaden besonders groß erscheinen mußte. Bei Gefahr für Leib und Leben müsste der Gesetzgeber dem Selbsterhaltungstriebe des in Notstand Geratenen Rechnung tragen und seine Verteidigung nicht von der Wertschätzung der in Kollision geratenen Güter abhängig machen. Für alle Fälle des Notstandes ist im vorliegenden Entwurfe die Nothilfe zugelassen. Da jedoch die Straflosigkeit von der Proportionalität der Güter abhängig ist, so liegen die von uns erhobenen Bedenken[4]) gegen die unbeschränkte Not-

[1]) Ebenso Nitsche, S. 36. Janka, S. 256. Dagegen Würzburger, S. 48.
[2]) Nitsche, S. 57 u. 36.
[3]) Dagegen Nitsche, S. 59.
[4]) S. 10.

hilfe nicht vor. Nitsche[1]) sieht in dem § 47 des norwegischen Entwurfes ein Notrecht. Gegen die hier für straflos erklärten Handlungen wäre demnach Notwehr ausgeschlossen. Dieser Meinung können wir uns nicht anschließen, da schon die subjektive Fassung des Proportionalitätsprinzips dagegen spricht.

IV. Entwürfe zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch.

a) Der Art. 18 des ersten Entwurfes von 1894.

Stooß hatte ursprünglich dem Artikel 19 in dem von ihm ausgearbeiteten Entwurfe folgende Fassung gegeben:

> „Wer ein Rechtsgut, insbesondere Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Vermögen eines anderen angreift, um ein wichtigeres oder gleichwertiges Rechtsgut aus einer unmittelbar nicht anders abwendbaren Gefahr zu erretten, bleibt straflos. Ist das angegriffene Rechtsgut wichtiger als das gerettete, so wird der Täter nach den Umständen milder bestraft."

Er erhob jedoch später Bedenken, das Prinzip der Proportionalität als allgemeine Notstandsvoraussetzung anzunehmen, und zwar aus dem Grunde, weil die persönlichen Güter gegenüber den Sachgütern keine Schätzung zuließen. Beachtungswert ist Satz 2: „Ist das angegriffene Rechtsgut wichtiger als das gerettete, so wird der Täter nach den Umständen milder bestraft." Dieser Strafmilderungsgrund ist wohl dem Umstande zuzuschreiben, daß das Prinzip der Proportionalität auch beim Lebensnotstande gefordert wird, es ist ein Gegengewicht gegen das objektive Abwägungsprinzip. Ist das vernichtete Rechtsgut wichtiger als das gerettete, so kann der Täter nach den Umständen des Falles milder bestraft werden, es kann auf die subjektive Not des in Notstand Geratenen Rücksicht genommen werden.

Die spätere Formulierung läßt das Prinzip der Proportionalität ganz außer Betracht. Der Artikel 18 lautet:

> „Wer ein Verbrechen begeht, um Leben, Leib, Freiheit, Vermögen oder ein anderes Gut für sich oder einen anderen aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu retten, kann, wenn die Tat den Umständen nach entschuldbar ist, von Strafe befreit oder milder bestraft werden."

Nach dieser Bestimmung soll der im Notstande vorgenommenen Handlung nur eine relative Straflosigkeit zugebilligt werden Nur wenn es „den Umständen nach entschuldbar ist", soll die Tat von Strafe befreit oder milder bestraft werden. Eine derartige dehnbare Formu-

[1]) S. 60.

lierung der Notstandsvoraussetzungen ist unserer Ansicht nach ganz unbrauchbar, sie bietet der Rechtssprechung eine viel zu weite und dehnbare Auslegungsfreiheit. Die Voraussetzungen, unter denen die Notstandshandlung von Strafe verschont oder rechtmäßig sein soll, müssen klar und deutlich zum Ausdruck kommen. In unserem Falle entzieht sich der Gesetzgeber völlig seiner Aufgabe und wälzt sie auf den Richter ab. Von Lilienthal[1]) hält es für „verdienstlich", daß der Entwurf darauf verzichtet habe, das Prinzip der Proportionalität aufzunehmen, da es mißlich und schwierig sei, eine Schätzung des geretteten und geopferten Gutes vorzunehmen. Dem gegenüber müssen wir auf das oben[2]) Gesagte verweisen.

Gretener beantragte, den Art. 18 dem Art. 42 des russischen Entwurfes entsprechend folgendermaßen zu formulieren:

„Straflos ist die Handlung, welche zur Rettung des eigenen oder fremden Lebens aus einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr begangen wird. Straflos ist ferner die Handlung, welche zur Rettung der Gesundheit, Freiheit, Geschlechtsehre und und anderer Güter begangen wird, sofern der Täter hinreichenden Grund hatte, den von ihm bewirkten Schaden im Vergleich mit dem zu rettenden Gute für unbedeutend zu halten."

Eine Regelung des Notstandes in dem Sinne, daß beim Lebensnotstande absolute Straflosigkeit eintreten soll, sonst dieselbe von der Proportionalität der kollidierenden Interessen abhängen soll, scheint mir, wie schon bei der Kritik des russischen Gesetzes hervorgehoben das einzig Richtige zu sein. In bezug auf die Nothilfe gilt dasselbe, was bei der Besprechung des russischen Gesetzbuchs gesagt wurde.

b) Der Art. 16 im zweiten Entwurfe von 1894.

Artikel 16. „Wer eine als Verbrechen bedrohte Tat begeht, um Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Vermögen oder ein anderes Gut für sich oder einen anderen aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu erretten, ist nicht strafbar, wenn er einer Pflicht oder dem Triebe der Selbsterhaltung gehorchte, oder wenn das gerettete Gut ungleich wichtiger ist als das geopferte. Im übrigen kann der Richter die Strafe unbeschränkt mildern."

Das Prinzip der Proportionalität, welches im ersten Entwurfe nicht berücksichtigt ist, hat mithin hier volle Anerkennung gefunden. Die im Lebens- oder Leibesnotstande vorgenommene Handlung ist an die

[1]) S. 294 ff.
[2]) S. 11 ff.

Bedingungen des objektiven Abwägungsprinzips nicht gebunden, da die Handlung schon nicht strafbar ist, wenn der Täter einer Pflicht oder dem Triebe der Selbsterhaltung gehorchte. Von Lilienthal[1]) scheint die ganze Bedeutung und Tragweite des hier goforderten Proportionalitätsprinzips verkannt zu haben. Um eine derartige Regelung ad absurdum zu führen, bedient er sich des Beispiels, daß jemand einen Diebstahl begeht, um eine Ehrenschuld zu tilgen. Die Handlung müßte straflos bleiben, weil die Ehre höher stehe als das Eigentum. Von Lilienthal scheint mithin anzunehmen, daß durch die beispielsweise Aufzählung der Güter Leben, Leib, Freiheit usw. eine Rangliste dieser Güter aufgestellt sei, an die der Richter bei der Güterabwägung gebunden sei. Daß dem nicht so ist, erhellt schon aus der Formulierung. Die einzelnen Güterarten sind ja nur beispielsweise aufgezählt, der Richter ist an ihre Reihenfolge keineswegs gebunden, er hat vielmehr in jedem konkreten Fall eine Entscheidung darüber zu treffen, welches der durch den Notstandsfall in Kollision geratenen Güter objektiv als das wertvollere angesehen werden muß. Der Entwurf ist nur konsequent, wenn er bei unbeschränkter Nothilfe das Proportionalitätsprinzip nach dem objektiven Maßstabe konstruiert[2]).

c) Der Artikel 20 des Kommissionsentwurfes von 1896.

Art. 20. „Wer eine als Verbrechen bedrohte Tat begeht, um Leben, Freiheit, Ehre, Vermögen oder ein anderes Rechtsgut für sich oder einen anderen aus einer unmittelbaren Gefahr zu erretten, ist straflos, wenn ihm den Umständen nach nicht zugemutet werden kann, das gefährdete Gut preiszugeben. Anderenfalls mildert der Richter die Strafe nach freiem Ermessen."

Daß die Meinungen über die Bedeutung des Proportionalitätsprinzips weit auseinanderlaufen, zeigt deutlich die Formulierung dieses Artikels. Gegenüber dem 2. Entwurfe von 1894 muß der Kommissionsentwurf von 1896 als durchaus reaktionär im schlechten Sinne des Wortes bezeichnet werden. Er lehnt sich an den Art. 18 des ersten Entwurfes von 1894 an, nur mit der Änderung, daß in den Fällen, wo sämtliche Notstandsvoraussetzungen vorliegen und dem Täter nicht zugemutet werden kann, das gefährdete Rechtsgut preiszugeben, unbedingte Straflosigkeit eintritt. Im ersten Entwurfe ist es dagegen dem Richter anheimgestellt, den Täter von Strafe zu befreien oder ihn nur milder zu bestrafen. Der Art. 20 des Kommissionsentwurfes von 1896 besagt:

---

[1]) S. 295.

[2]) Über die Bedenken, die gegen eine derartige Regelung erhoben werden müssen, siehe oben S. 10 u. 19.

„Der Täter ist straflos, wenn ihm den Umständen nach nicht zugemutet werden konnte, das gefährdete Gut preiszugeben.“ Gegen eine derartige Formulierung müssen dieselben Bedenken erhoben werden wie beim ersten Entwurfe gegen den Ausdruck: „Den Umständen nach entschuldbar.“

d) Der Vorentwurf von 1903. Artikel 25.

In dem neuen schweizerischen Vorentwurfe finden sich fast wörtlich dieselbe Notstandsbestimmung wie in dem vorhin besprochenen Kommissionsentwurfe. Der Unterschied beruht darauf, daß ausdrücklich hervorgehoben ist, daß die Tat nur dann straflos bleibt wenn die Gefahr auf keine andere Weise abgewendet werden konnte. Im übrigen ist die Fassung leider dieselbe geblieben.

§ 6.

Postulate de lege ferenda.

Die Notstandsbestimmungen des B.G.B. haben einen großen Einfluß auf strafrechtlichem Gebiete auszuüben vermocht. Die Notstandshandlung ist nach dem B.G.B. rechtmäßig und demnach straflos, wenn sie besteht:

a) in einer Sachgüterverletzung,

b) wenn die geforderte Proportionalität der Güter vorliegt. Alle anderen Notstandshandlungen unterliegen nach wie vor den Bestimmungen des Strafgesetzbuchs. Bei der geplanten Reform unseres Reichsstrafgesetzbuchs müßte man die vorhandenen Bestimmungen einer gründlichen Revision unterziehen. Nach geltendem Recht ist eine Notstandshandlung trotz ihrer Rechtswidrigkeit straflos nur in dem Falle, wenn sie erfolgt in einer Gefahr für Leib und Leben des Täters selbst oder eines nahen Angehörigen. Wird die persönliche Sphäre eines Menschen zum Schutze eines anderen Gutes verletzt, so ist die Tat strafbar, auch wenn das verletzte Gut im Verhältnis zum erretteten von verschwindend geringer Bedeutung ist. Auf diese Fälle müßte bei einer zukünftigen Regelung unseres St.G.B. Rücksicht genommen werden. Für die Formulierung der neuen Notstandsbestimmungen bieten uns der Artikel 46 des russischen Gesetzes sowie der Antrag Greteners[1]) bei Beratung über den ersten Entwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuche einen gewissen Anhalt. Mit dem Absatz 2 können wir uns in beiden Fassungen für einverstanden erklären. Unbedingt müssen wir eine subjektive Fassung des Proportionalitätsprinzips fordern. Da die strafrechtlichen Notstandsbestimmungen nur auszusprechen haben, wann eine rechts-

[1]) Verhandlungen, S. 120—121.

widrige Handlung straflos bleibt, so müssen sie auch den subjektiven Motiven des Täters Rechnung tragen. Wenn der Täter einen hinreichenden Grund hatte, den von ihm bewirkten Schaden im Vergleich mit dem zu rettenden Gute für unbedeutend zu halten, so liegt ein genügender Grund vor, wenn auch die anderen Voraussetzungen erfüllt sind, die Tat straflos zu lassen. Im Strafrecht kommt es mehr auf den Willen des Täters an als auf das objektive Ergebnis der Handlung. Wir haben es als eine Inkonsequenz des russischen Gesetzes bezeichnet, wenn gegenüber der subjektiven Fassung des Proportionalitätsprinzips die Nothilfe generell zugelassen wird. Es ist wahr, daß der unbeteiligte Dritte nicht wie der in Notstand Geratene selbst den Anspruch darauf erheben kann, daß seine subjektive Not, sein natürliches Gefühl der Selbsterhaltung berücksichtigt wird. Will man diese Inkonsequenz, die, wie bereits hingewiesen, von keinen allzugroßen Folgen begleitet sein dürfte, nicht tragen, so wäre es vielleicht zu empfehlen, für die Nothilfe einen selbständigen Absatz zu formulieren und die Straflosigkeit der Tat von dem objektiven Wert der in Kollision geratenen Güter abhängig zu machen. Eine selbständige Regelung der Nothilfe wäre umsomehr angebracht, als im Falle des Lebensnotstandes, der im ersten Absatz des russischen Gesetzes geregelt wird, die Nothilfe nicht uneingeschränkt zugelassen werden kann. In dem Kollisionsfalle zwischen Leben und Leben könne die Nothilfe unmöglich einem jeden Dritten gestattet sein.

Wir würden für die gesetzliche Notstandsbestimmung folgenden Wortlaut vorschlagen:

Straflos ist die Handlung, welche zur Rettung aus einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leib und Leben des Täters oder einer ihm besonders nahestehenden Person begangen wird.

Straflos ist ferner die Handlung, welche zur Rettung der Gesundheit, Freiheit, Geschlechtsehre und anderer Persönlichkeits- oder Vermögensgüter begangen wird, sofern der in Notstand geratene Täter hinreichenden Grund hatte, den von ihm bewirkten Schaden im Vergleich mit dem zu rettenden Gute für unbedeutend zu halten.

Die Nothilfe ist in allen den Fällen straflos, wo der Schaden im Vergleich mit dem zu rettenden Gute unbedeutend ist.

Teil II.

Das Prinzip der Proportionalität bei der Notwehr.

§ 7.

Das Wesen der Notwehr und das Proportionalitätsprinzip.

Die Definition der Notwehr, die sich in unserem Strafgesetzbuch findet, enthält keinerlei Bestimmung darüber, daß das Maß der Gegenwehr von dem Werte des angegriffenen Rechtsgutes abhängig sein soll. § 53 Abs. 2 lautet:

„Notwehr ist diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden."

Die Verteidigung darf nur so groß sein, als es zur Abwehr des Angriffs erforderlich ist. Überschreitet die Verteidigung die Grenzen des unbedingt Notwendigen, so liegt eine Überschreitung der Notwehr vor. Ist jedoch die Abwehr des Angriffs auf andere Weise nicht möglich, so kann zur Rettung des unbedeutendsten Rechtsgutes das stärkste Maß der Gegenwehr, das im gegebenen Falle zur Verfügung steht, angewandt werden. Die Notwehr ist kein subsidiäres Verteidigungsmittel. Die Möglichkeit, sich durch Flucht dem Angriffe entziehen zu können, schließt die Rechtmäßigkeit der Notwehrhandlung nicht aus.

Die obige Definition der Notwehr hängt von der Auffassung ab, die man von dem Rechtsgrunde der Notwehr hatte. Die heutige Notwehrlehre sieht in der Notwehr lediglich eine Reaktion des Rechts gegen das Unrecht. Ihering[1]) sieht in dem Recht nicht einen logischen, sondern einen Kampfbegriff, aus diesem Grunde sei die Notwehr in dem Wesen der Rechtsordnung selbst begründet. „Ein unverteidigtes Recht ist nicht dauernde Ordnung, sondern dauernde Unordnung"[2]). „Würde die Rechtsordnung Notwehr verbieten, so würde sie sich in direkten Widerspruch

---

[1]) S. 22.

[2]) Binding, Handb. I, S. 731.

mit ihrer Aufgabe setzen. Denn sie würde damit Partei ergreifen auf der Seite des Angreifers, also des Unrechts“[1]). Eine derartige Betrachtungsweise des Notwehrinstituts gestattet es nicht, den Umfang des Notwehrrechts von dem Wert des angegriffenen Rechtsgutes abhängig zu machen. Jeder rechtswidrige Angriff wird für geeignet betrachtet, das Notwehrrecht in seinem vollen Umfange erzeugen zu können, da die Rechtsordnung sich überall in gleichem Maße gegenüber Angriffen behaupten wolle. Nicht der spezielle Angriff als solcher wird in Augenschein genommen, sondern, wie Binding[2]) sich ausdrückt, das „Zu-Unrecht-angegriffen-sein“. Betrachtet man mit Binding die Quelle des Notwehrrechts einzig und allein von der subjektiven Seite des Angegriffenen, so erblickt man allerdings in dem rechtswidrigen Angriff nur das absolute Unrecht, das im Namen der Rechtsordnung auf jede mögliche Weise beseitigt werden kann. Dieser Betrachtungsweise, welche nur die Notwehr vom Standpunkt des Angegriffenen berücksichtigt, kann eine andere entgegengestellt werden, welche den rechtswidrigen Angriff objektiv zu erfassen bestrebt ist. Als wesentliches Merkmal wird hierbei nicht das „Zu-Unrecht-angegriffen-sein“ angesehen, sondern die durch den rechtswidrigen Angriff verursachte Gefahr. Legt man nun für das Maß der Gegenwehr die Größe der durch den rechtswidrigen Angriff verursachten Gefahr zugrunde, so erscheint eine Einschränkung der Notwehr in dem Sinne, daß eine Proportionalität zwischen der Energie der Verteidigung und der Bedeutung des angegriffenen Gutes gefordert wird, durchaus nicht im Widerspruch mit dem Wesen der Notwehr selbst. Von diesem Standpunkt aus ist die Meinung zu verwerfen, als ob es sich bei der Notwehr nicht um Selbstverteidigung, sondern in jedem einzelnen Falle um Rechtsverteidigung handle, die sogar Staatsverteidigung sein könne[3]). In manchen Fällen könne die Rechtsordnung es für das geringere Übel ansehen, daß das Recht dem Unrecht weichen müsse, als daß die Verwirklichung des Rechts mit allzugroßem Schaden für die Gesamtheit verbunden sei.

§ 8.

Stellung der Gesetzgebung und Wissenschaft zu dem Problem.

In vielen deutschen Partikularstrafgesetzbüchern ist die Notwehr durch das Prinzip der Proportionalität eingeschränkt.

Das hessische Gesetzbuch Art. 49 Abs. 2 verlangt, daß das angewendete lebensgefährliche Verteidigungsmittel mit dem Werte, den das

[1]) Schollmeyer, S. 4.
[2]) Handb. I, S. 735.
[3]) So Binding, Handb. I, S. 733.

bedrohte Eigentum oder Besitztum für den Angegriffenen hat, in einem angemessenen Verhältnis steht. Die Fassung dieser Bestimmung ist unhaltbar; statt den Erfolg, den das angewendete Verteidigungsmittel hervorruft, in ein angemessenes Verhältnis zu der durch den Angriff verursachten Gefahr zu setzen, bestimmt das Gesetz, daß das angewendete Verteidigungsmittel mit der verursachten Gefahr oder, was dasselbe ist, mit dem Werte des bedrohten Gutes in Proportion stehen muß. Auf das angewendete lebensgefährliche Verteidigungsmittel kann es gar nicht ankommen, denn dasselbe kann geringere Verletzungen erzeugen als ein weniger gefährliches. Es kommt nur auf die Anwendungsweise desselben, mithin nur auf den durch die Anwendungsweise erzielten Erfolg an.

Das badische Gesetz § 87 sucht auf eine andere Weise das Problem zu lösen. Es verfällt dabei aber mit seinen Spezialbestimmungen in eine derartige Kasuistik, die Ausnahmen von der Regel und Ausnahmen von diesen Ausnahmen erschweren das Verständnis derart, daß eine solche Regelung als völlig mißlungen betrachtet werden muß.

Das braunschweigische Gesetzbuch § 166, das sächsische Kriminalgesetz Art. 70, das thüringische Gesetzbuch Art. 66 stellen alle die Forderung auf, daß die Art der Verteidigung im gehörigen Verhältnis zu der abzuwendenden Gefahr stehe. Ihre Ausdrucksweise ist aber so unbestimmt und ungenau, daß sie zur Lösung der Frage jedenfalls nichts beitragen.

Nach dem hannoverschen Gesetz Art. 79 soll sich das Maß der Gegenwehr nach dem Werte des gefährdeten Gutes richten, widrigenfalls liegt ein Exzeß der Notwehr vor. In ähnlicher Weise regelt das sächsische Strafgesetzbuch von 1855 Art. 91 die Notwehr. Es gestattet alle Mittel der Verteidigung, von denen der die Notwehr Übende annehmen konnte, daß sie zur Verteidigung erforderlich und mit der Beschaffenheit der abzuwendenden Gefahr nicht außer Verhältnis stehen.

Interessant in bezug auf diese letzte Bestimmung ist der Deputationsbericht der ersten Kammer, der die Aufnahme derselben — sie war weder im Artikel 96 des ersten Entwurfes noch in dem Artikel 87 des den Kammern vorgelegten Entwurfes enthalten — damit rechtfertigt, daß „nicht vielleicht wegen einer unbedeutenden Eigentumsverletzung die sofortige Tötung des Verletzenden gerechtfertigt erscheine“.

Die Literatur, welche zur Zeit der Entstehung jener Partikularstrafgesetzbücher sich mit dem Problem der Notwehr befaßt hat, steht zum größten Teil auf dem Standpunkt, daß das Notwehrrecht durch das Prinzip der Proportionalität beschränkt sein müsse[1]). Eine Reaktion in dieser Beziehung bildete das preußische Gesetz von 1851, welches davon

[1]) So z. B. Geyer, Strafrecht, S. 127, Notwehr, S. 38 ff.

Abstand nahm, das Prinzip der Proportionalität in seine Notwehrdefinition aufzunehmen. Die meisten späteren Gesetzbücher haben seitdem diese Definition beibehalten, so das Reichsstrafgesetzbuch sowie das B.G.B. Die meisten Vertreter der Wissenschaft waren mit dieser Ausschaltung des Proportionalitätsprinzips einverstanden. Der heftigste Gegner der Forderung, den Umfang des Notwehrrechts von dem Werte des angegriffenen Rechtsgutes abhängig zu machen, war Ihering. In seinem „Kampf ums Recht“ [1]) protestiert er energisch gegen diese „Verkümmerung des Rechts der Notwehr“ [2]).

Die Frage, die Notwehr in dem hier behandelten Sinne einzuschränken, ist hiermit jedoch nicht zur Lösung, nicht zur Ruhe gekommen. In der Wissenschaft macht sich eine starke Gegenströmung bemerkbar, und in der Gesetzgebung fremder Staaten ist bereits das Prinzip des uneingeschränkten Notwehrrechts durchbrochen.

Als ein heftiger Gegner des uneingeschränkten Notwehrrechts ist v. Buri [3]) zu nennen. Die Folgerungen, die sich daraus ergeben, daß das Notwehrrecht nicht eingeschränkt wird, sind nach v. Buri geeignet, die Unmöglichkeit einer derartigen Regelung klar zu legen. Ist die Notwehr nämlich durch das Proportionalitätsprinzip nicht eingeschränkt, so ergibt sich daraus die Folgerung, daß man zur Rettung von ganz geringfügigen Sachen, wie z. B. eines Knopfes oder eines Pfennigs, den angreifenden Gegner töten könne. Dies letzte Argument wird am öftesten gegen das uneingeschränkte Notwehrrecht vorgebracht [4]) mit der Forderung, das Maß der Gegenwehr von dem Wert des zu schützenden Gutes abhängig zu machen. Auf ganz andere Weise wollen v. Alberti und Löffler das Problem, mit dem wir uns hier beschäftigen, lösen.

v. Alberti [5]) verlangt, daß die Notwehr in den Fällen beschränkt werde, wo der Angriff, „auch wenn er zum verletzenden Erfolge führt, kein Übel bedeutet“. Die Fälle sind:

„1. Angriffe auf Sachen, die im Verkehr als vollkommen wertlos gelten, so, wenn jemand sich aus meinem Brunnen eine Flasche füllen will oder ein Blatt von meinem Baume reißt.

2. Fälle der zweiten Art liegen vor, wenn der Inhaber des bedrohten Rechtsgutes entweder selbst in der Lage ist, die Wirkungen des Angriffs, wenn dieser glückt, alsbald und ohne Aufwendungen von Geld oder Materialien und irgend erheblicher Zeit zu reparieren, oder wenn

---

[1]) S. 116 ff.

[2]) Derselben Ansicht Schollmeyer, S. 4 ff.; Binding, Handb. I, S. 752; Grundriß, S. 151.

[3]) S. 461 ff.

[4]) So von Ahsbahs, S. 10. Häberlein, S. 24 ff. Kroner, S. 10.

[5]) S. 21 ff.

der Angriff nicht geeignet ist, in dem Sinne eine dauernd werdende Verletzung herbeizuführen, daß nicht nachfolgende Anrufung der Staatsgewalt bei Sicherheit gegenüber etwaigen Kosten genügt.

3. Fälle der dritten Art, verwandt mit denen der vorerwähnten, sind, wo der Schaden im engeren Sinne dauernd, aber der vollkommene Schadensersatz bereit steht."

v. Alberti will demnach das Maß der Gegenwehr ebenfalls von der Größe des drohenden Schadens abhängig machen. Der Maßstab, der zur Schätzung dieses Schadens angewandt werden soll, ist ein objektiver. Gegen die Forderung v. Albertis, die Notwehr in den Fällen zu beschränken, wo der Angriff kein Übel bedeutet, spricht die von ihm selbst aufgezählte Reihe solcher Fälle. Diese Aufzählung zeigt am besten, welche vage und unbestimmte Bedeutung dem von ihm geprägten Ausdruck beizulegen ist. Das Gesetz würde bei einer derartigen Formulierung dem Richter bei Prüfung des einzelnen Falles einen viel zu weiten Spielraum geben und seine Aufgabe nicht erfüllen.

Löffler[1]) will innerhalb der Notwehr zwei Gruppen unterscheiden.

1. Trutzwehr. Der Angriff mit offenem, brutalem Rechtshohne. Das ist das, was die germanischen Rechte einen Friedbruch nennen. Er hat eine injuriöse Bedeutung.

2. Notwehr im engeren Sinne, bei der der Angriff nicht den friedbrecherischen Charakter trägt. „Die Trutzwehr" würde die schneidigere Form der Notwehr sein, völlig uneingeschränkt gegen jeden Angriff. „Die Notwehr im engeren Sinne" soll dagegen durch das Prinzip der Proportionalität beschränkt werden. Die Trutzwehr würde einen Teil unserer jetzigen Notwehrfälle umfassen. Den Rest dieser Fälle und die Fälle, die durch den § 228 B.G.B. geregelt werden, „die Notwehr im engeren Sinne".

Die von Löffler konstruierte Scheidung zwischen der sogenannten Trutzwehr und der Notwehr im engeren Sinne dürfte in der Praxis kaum brauchbar sein. Erstens ist die Scheidung eine zu vage, zu flüssige. Soll ferner die injuriöse Bedeutung des Angriffs bei der Trutzwehr subjektiv oder objektiv zu nehmen sein? Ist ersteres der Fall, so wäre die Konsequenz die, daß die empfindsamsten Menschen dabei am besten fortkommen würden. Sollte dagegen das objektive Prinzip zur Durchführung kommen, so wäre die Trutzwehr erst recht unbrauchbar. Man würde ja fast nie sicher sein, dieselbe rechtmäßig zu üben, da ja doch jeder über die injuriöse Bedeutung der Tat seine eigene Meinung hat, der Richter natürlich auch seine. Man denke sich dann die Unsicherheit in der Rechtssprechung!

---

[1]) S. 542.

Was die Gesetzgebung anbelangt, so hat das dänische allgemeine bürgerliche Strafgesetzbuch in § 40 Abs. 1 folgende Beschränkung der Notwehr aufgenommen: „Doch soll es nur zur Verteidigung des Lebens, der Gesundheit oder des Wohlergehens erlaubt sein, solche Verteidigungsmittel anzuwenden, durch welche das Leben des Angreifers einer offenbaren Gefahr ausgesetzt wird.“ Das Prinzip der Proportionalität ist hier kasuistisch durchgeführt, nur zur Verteidigung des Lebens, der Gesundheit oder des Wohlergehens kann die Verteidigung bis zur Tötung des Angreifers gehen. Bei Angriffen auf andere Rechtsgüter ist eine Verteidigung, welche sich dieser äußersten Mittel bedient, rechtswidrig. Was unter Wohlergehen zu verstehen ist, darüber ist es recht schwer, etwas Genaues zu sagen, weil der Ausdruck zu unbestimmt, zu dehnbar ist, und bei dem man sich, mindestens wie er in der deutschen Sprache gebraucht wird, recht wenig denken kann. „Das Leben des Angreifers darf einer offenbaren Gefahr nicht ausgesetzt werden.“ Dies ist wieder eine sehr unbestimmte Formulierung.

Das schwedische Strafgesetzbuch von 1890 (Notwehr, Kap. 5, §§ 7 bis 11) regelt die Notwehr bis ins einzelne auf sehr kasuistische Weise. Die Notwehr ist berechtigt (§ 7 Abs. 1), „wenn jemand mit Gewalt oder Drohung, die eine dringende Gefahr herbeigeführt hat, angegriffen wird“. Besondere Fälle, wo Notwehr oder Anwendung der erforderlichen Gewalt erlaubt sind, z. B. bei Einbruch, nächtlichem Eindringen, Widerstand gegen den rechtmäßigen Eigentümer oder Besitzer, angefangenem oder unmittelbar bevorstehendem Angriffe gegen Person und Eigentum, sind in § 7 Abs. 2, §§ 8, 10 angegeben. Strafbare Überschreitung liegt vor, wenn die Gefahr größer war, als die Not erforderte, oder wenn sie im offenbaren Mißverhältnis zu dem zu befürchtenden Schaden stand. Die Überschreitung ist nicht strafbar, „wenn die Umstände derart waren, daß der Betreffende sich schwerlich besinnen konnte“. Sonst hat der Richter zu prüfen, ob und inwieweit die Strafe ermäßigt werden soll.

Uns interessiert am meisten die Bestimmung, daß eine Überschreitung der Notwehr vorliege, wenn die Gewalt im offenbaren Mißverhältnis zu dem zu befürchtenden Schaden steht. Statt Gewalt müßte es hier heißen der durch diese Gewalt verursachte Schaden. Auch dieses Gesetz bringt uns um keinen Schritt weiter.

Was die schweizerischen Entwürfe anbetrifft, so regelt der von Stooß ausgearbeitete Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuchs in Artikel 17 Abs. 1 die Notwehr folgendermaßen:

„Wer einen rechtswidrigen Angriff in einer den Umständen angemessenen Weise von sich oder einem anderen abwehrt, übt das Recht der Notwehr aus.“

Die Motive zu diesem Art. 17 erläutern die recht dunkle Fassung der Worte „in einer den Umständen angemessenen Weise“ wie folgt: „Die Abwehr darf nicht außer allem Verhältnis zu der Bedeutung des verteidigten Rechtsgutes stehen; sie soll den Umständen angemessen sein.“ Wir sehen aus diesen Worten der Motive, daß Stooß das Maß der Gegenwehr von dem Werte des angegriffenen Gutes abhängig machen wollte; die Formulierung seines Gedankens muß jedoch als eine verfehlte bezeichnet werden. [Das Prinzip der Proportionalität ist in dem Wortlaut des Gesetzes gar nicht zum Ausdruck gekommen.] Aus den Worten „in einer den Umständen angemessenen Weise“ kann man alles Mögliche herauslesen, sogar, daß die Notwehr nur ein subsidiäres Verteidigungsmittel sein soll; das Prinzip der Proportionalität ist aber darin gar nicht zum Ausdruck gekommen. Die Formulierung gibt zwar, wie die Motive sagen, „dem verständigen Ermessen des Richters Raum,“ aber sie gibt keine genügend sichere Handhabe dafür, daß der Richter das Gesetz im Sinne der Motive wird auch anwenden müssen. Bei den Beratungen der Expertenkommission fand auch diese Fassung nicht allgemeinen Beifall. Gretener schlug vor, den Gedanken, daß das Maß der Gegenwehr nicht außer allem Verhältnis zu dem Wert des angegriffenen Gutes stehen soll, folgendermaßen im Gesetz zum Ausdruck zu bringen: „Sofern die Abwehr nicht außer allem Verhältnis zu der Bedeutung des verteidigten Gutes steht.“ Dieser Antrag, der das Proportionalitätsprinzip ganz klar und deutlich formuliert, wurde jedoch nicht angenommen. Die von Stooß gewählte Fassung wurde beibehalten. Sie ist auch in dem Vorentwurfe von 1903 dieselbe geblieben. Der Artikel 24 Abs. 1 dieses Entwurfes lautet: „Wer einen gegenwärtigen oder unmittelbar drohenden rechtswidrigen Angriff in einer den Umständen angemessenen Weise von sich oder einem andern abwehrt, übt das Recht der Notwehr aus.“ Ein Fortschritt in der von uns behandelten Materie ist demnach zwischen dem von Stooß ausgearbeiteten Entwurfe und dem Vorentwurfe von 1903 nicht zu verzeichnen.

Es muß erwähnt werden, daß von den neueren Gesetzbüchern das russische Strafgesetzbuch von 1903 eine Beschränkung der Notwehr durch das Prinzip der Proportionalität nicht kennt. Die Überschreitung der Notwehr durch übermäßige oder unzeitgemäße Verteidigung ist sogar nur in den vom Gesetz besonders bezeichneten Fällen zu bestrafen. Artikel 45 Abs. 2.

§ 9.

Ergebnisse und Folgerungen.

Wie wir gesehen haben, steht die Beschränkung der Notwehr in dem Sinne, daß eine Proportionalität zwischen dem zu verletzenden und dem bedrohten Gute gefordert wird, nicht im Widerspruch mit dem Prinzip der Notwehr überhaupt. Eine derartige Beschränkung ist nicht nur denkbar, sondern sie hat in verschiedenen Gesetzen Aufnahme gefunden. Es bleibt uns noch übrig, die Gründe zu erörtern, welche für und gegen eine Einführung des Prinzips der Proportionalität in die gesetzlichen Notwehrbestimmungen sprechen. Ist die Notwehr durch das Proportionalitätsprinzip nicht eingeschränkt, so wird es Fälle geben können und wohl auch geben, wo das Notwehrrecht mißbraucht wird. Unsere sittliche Anschauung wird ein so weitgehendes Notwehrrecht nicht billigen können und wird es als eine Lücke in unserer Rechtsordnung ansehen, daß der Übeltäter in einem solchen Falle straflos ausgeht. Sollten diese Fälle mißbrauchter Notwehr sehr oft vorkommen, so wäre eine Einschränkung derselben durch die Einführung des Proportionalitätsprinzips wohl geboten. Ein vollständig klares Bild würden wir allerdings nur dann bekommen, wenn wir die Zahl der Fälle mißbrauchter Notwehr mit denjenigen vergleichen würden, wo die Notwehr nicht mißbraucht wird. Die Zahl der letzteren festzustellen, dürfte ein Ding der Unmöglichkeit sein. Aus diesem Grunde werden wir nie ganz sichere Anhaltspunkte darüber gewinnen können, ob in der Tat die Zahl der Fälle mißbrauchter Notwehr so unverhältnismäßig groß sei, daß eine Einschränkung des Notwehrrechts in dem von uns behandeltem Sinne für durchaus geboten erscheint.

Die Einführung des Prinzips der Proportionalität bringt wiederum auf der anderen Seite Folgerungen mit sich, die für höchst bedenklich angesehen werden müssen. Ist nämlich das Notwehrrecht durch das Prinzip der Proportionalität eingeschränkt, so wird man in die Lage versetzt, einen energischen Angriff auf geringere Güter über sich ergehen zu lassen, ohne die Möglichkeit zn haben, denselben abzuwenden[1]). Daß hierbei die Rechtssicherheit gefährdet wird, kann wohl nicht geleugnet werden. Bei einer derartigen Rechtslage würde ferner der Verbrecher des öfteren sein Glück versuchen in dem Bewußtsein, daß der Angegriffene in zahlreichen Fällen zu den äußersten Mitteln der Verteidigung, die ihm zu Gebote stehen, nicht greifen dürfe. Ebenso wie die Gegner des uneingeschränkten Notwehrrechts durch Beispiele die Haltlosigkeit unserer jetzigen Notwehrbestimmungen dartun wollen

[1]) Binding, Handb. I, S. 752.

— man denke nur an die von ihnen oft wiederholten Beispiele, wo jemand um eines Pfennigs oder Knopfes willen dem Angreifer das Leben nimmt —, ebenso könnte man Beispiele anführen, welche in gleichem Maße gegen das Prinzip der Proportionalität beim Notwehrrecht sprechen. Man denke sich z. B. folgenden Fall. Ich werde von einem weit stärkeren Manne um zehn Mark angebettelt mit der Drohung — fremde Hilfe kann nicht angerufen werden —, er werde sie sich im Falle meiner Weigerung mit Gewalt verschaffen. Habe ich nun eine Pistole bei mir so dürfte ich von der Waffe keinen Gebrauch machen, wollte der Angreifer seine Drohung in die Tat umsetzen, da doch ein Menschenleben höher bewertet werden muß als mein Besitz von einer solchen Summe Geldes. Die Gegner des uneingeschränkten Notwehrrechts werden es vielleicht ganz in Ordnung finden, daß ich in einem solchen Falle die zehn Mark verliere. Die Grenze ist dann aber schwer zu ziehen, wo es gestattet sein soll, auch die äußersten Mittel der Verteidigung anzuwenden, wo dagegen dieselben nicht mehr für rechtmäßig angesehen werden können. Handelt es sich z. B. in dem oben erwähnten Falle um tausend Mark, kann man da, um dieselben zu verteidigen, den Gegner töten? — Wird für die Wertschätzung des angegriffenen Gutes sowie des durch die Verteidigungshandlung herbeigeführten Erfolges der objektive Maßstab angewandt, so wäre es oft hart, wollte man denjenigen bestrafen, der das Wertverhältnis der beiden Rechtsgüter falsch eingeschätzt hat. Eine entsprechende Änderung der Bestimmungen bezüglich der Überschreitung des Notwehrrechts könnte ja diese Härte, wenn nicht beseitigen, so doch in erheblichem Maße mildern. Diese Härte ließe sich aber kaum gänzlich beseitigen, auch würden die sonst so klaren Notwehrbestimmungen mehr oder weniger unübersichtlich werden, was jedenfalls nicht sehr erwünscht sein kann. Sollte dagegen auf das Proportionalitätsprinzip der subjektive Maßstab angewandt werden, so würde dieser Umstand den Notwehrbestimmungen ein charakteristisches Merkmal eines bloßen Strafausschließungsgrundes verleihen. Das Gesetz würde dann insoweit inkonsequent sein, als es die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit einer Tat von subjektiven Momenten, auf welche nur der Täter selbst Einfluß haben kann, abhängig machen würde. Diese Inkonsequenz würde zu unerquicklichen Folgerungen führen. Besondere Schwierigkeit würde die Teilnahme an einer Notwehrhandlung bereiten.

Aus allen diesen Gründen dürfte sich eine Einführung des Prinzips der Proportionalität in die gesetzlichen Notwehrbestimmungen nicht empfehlen.

Verzeichnis der benützten und zitierten Literatur.

Ahsbahs, Grundlinien des Notwehrrechts. Ohne Datum.

v. Alberti, Das Notwehrrecht. 1901.

Allonas, Notwehr und Notstand nach dem B.G.B. Erlangen 1902.

Auer, Der strafrechtliche Notstand und das Bürgerliche Gesetzbuch. 1903.

Baumann, Die Notstandsbestimmungen des B.G.B. in ihren Beziehungen zum St.G.B. Ohne Datum.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. Aufl. Ohne Datum.

Beling, Grundzüge des Strafrechts. 2. Aufl. 1902.

Binding, Handbuch des Strafrechts. Bd. I. 1885.

— Grundriß des Deutschen Strafrechts. 6. Aufl. 1902.

— Die Normen und ihre Übertretung. 2. Aufl. 1890.

Birkmeyer, Das Strafrecht. In der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. 1901.

v. Buri, Notwehrtheorie. G.-S. Bd. XXX, 437 ff. 1878.

Braun, I. Vorsätzliche und fahrlässige Verletzungen Unbeteiligter bei Notwehrhandlungen. II. Putativnotwehr. Erlangen 1900.

v. Calker, Vom Grenzgebiet zwischen Notwehr und Notstand. Z.S. Bd. XII, 441 ff.

Cosack, Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. I. Aufl. 1903.

Eger, Der Einfluß der Verschuldung beim strafrechtlichen Notstand. Erlangen 1899.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I. 3. Aufl. 1904.

Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Bd. I. 1904.

Franck, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 3. u. 4. Aufl. 1903.

Geyer, Strafrecht. In der Holtzend. Enzyklopädie. 5. Aufl. 1890.

— Die Lehre von der Notwehr. 1857.

Groß, Die Verschuldung des Notstandes und ihre strafrechtliche Bedeutung. Tübingen 1899.

Großmannn, Das Prinzip der Selbstverteidigung im B.G.B. Berlin 1903.

Haag, Inwiefern sind die §§ 228 u. 904 B.G.B. für das Strafrecht von Bedeutung. Rostock 1901.

Gretener, Das Strafgesetzbuch für Rußland vom Jahre 1903. G.-S. Bd. LXVII, S. 53 ff.

Häberlein, Exzeß der Notwehr. Bern 1895.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. 1881.

Janka, Der strafrechtliche Notstand. 1878.

Kroner, Die Verletzung von Rechtsgütern des Dritten bei der Notwehr. Göttingen 1897.

Levita, Das Recht der Notwehr. 1856.
v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 14. u. 15. Aufl. 1905.
— Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht. 1889.
— Deliktsobligationen im System des B.G.B. 1898.
v. Lilienthal, Z.S. Bd. XV, S. 294 ff.
Löffler, Unrecht und Notwehr. Z.S. Bd. XXI. S. 537 ff.
Rud. Merkel, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen. 1895.
H. Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 5. Aufl. 1895.
Moriaud, De lu justification de délit par l'état de nécessité. Genève 1889.
Nitsche, Der strafrechtliche Notstand nach Grund und Ausdehnung mit Berücksichtigung der modernen Entwürfe. Breslau 1901.
Ötker, Über Notwehr und Notstand. 1903.
Olshausen, Kommentar zum St.G.B. 6. Aufl. 1900.
Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 14. Aufl. 1901.
Planck, B.G.B. Bd. I. 1897.
Schollmeyer, Das Recht der Notwehr nach dem B.G.B. 1899.
Stammler, Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Notstandes. 1878.
Staudinger, Kommentar z. B.G.B. Bd. I. 1903.
Schleifenbaum, Begriff und Bedeutung des gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriffs in § 227 B.G.B. In Beling, Heft 54.
Simonson, Der Mignonettefall. Z.S. Bd. V, S. 367 ff.
Tietze, Die Notstandsrechte im deutschen Bürgerlichen Recht. Leipzig 1897.
Tobler, Die Grenzgebiete zwischen Notwehr und Notstand. Zürich 1894.
Würzburger, Das Recht des strafrechtlichen Notstandes. Beling, Heft 48.

Lebenslauf.

Ich, Sigismund v. Czarnecki, bin geboren am 9. April 1884 zu Klein-Jeziory, Kreis Schroda, als Sohn des Rittergutsbesitzers Joseph v. Czarnecki. Von 1898 an besuchte ich das Königliche Gymnasium zu Ostrowo, welches ich Ostern 1904 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Meine juristischen Studien betrieb ich auf den Universitäten Heidelberg (1 Semester), Leipzig (1 Semester), München (1 Semester), Breslau (4 Semester).

Im November 1907 bestand ich vor der Königlichen Prüfungskommission zu Breslau das Referendarexamen, im Januar 1908 vor der juristischen Fakultät zu Breslau das mündliche Doktorexamen.

Zurzeit widme ich mich dem Studium der Landwirtschaft.